

POR LA CIVDAD DE Granada en el pleyto.

Con Diego Gonçalez de Madrid. Se pretende, que la sentẽcia del Alcalde mayor de ella en que le dio por libre de 8348. reales, por que se le executo de resto del arrendamiento de la casa de las Comedias, y se reseruo su derecho, para que en via ordinaria pida a la Ciudad l[illegible] mas cãtidad que pretende re[illegible]uio [illegible] por auer cesado la representacion desde 31. de Mayo hasta 10. de Iunio Es injusta, y se a de reuocar.

Mandãdo hazer remate por toda la dicha cantidad.

A

PRE

PResupuesto el hecho, la escritura de arrendamiento que el dicho Diego Gonçalez de Madrid otorgò tiene la condicion 26. que dize: Y con condicion que el dicho arrendador, ni sus fiadores no an de pedir disquento deste arrendamiento por ninguna causa que sea, y an de guardar en el las condiciones de las leyes del quaderno con q̃ se arriēdan las rentas Reales, sin que se les pueda admitir sobre esto excepcion ninguna, aunque sea de engaño, para cuyo efecto an de renunciar, y queda renunciada la ley que habla en el caso de las excepciones de la via executiua, y an de pagar enteramente ante todas cosas el precio en que vuieren arrendado, assi el de las comedias fixas, como de las demas, y todo el demas precio de su arrendamiento; y hasta tanto que tengan hecha la paga de todo ello, no se les á de admitir excepcion alguna, ni ser oydos en juyzio, ni fuera del, y á de ser visto quedar rematado lo susodicho, y cumplirse lo contenido en esta condicion, aunque en la escritura que otorgaron no se buelue a especificar, y les á de parar perjuyzio como si se especificara.

Otra condicion es, que no á de pedir disquento del dicho arrendamiento por ningun caso fortuito, y se obligò a esta renta con todas las condiciones y leyes del quaderno de las alcaualas y rentas Reales, y con estas condiciones como en mayor ponedor se le rematò la dicha casa de las comedias por vn año, que començò a correr desde primero de Enero de 1621. hasta fin del, y se obligò por ciento y sesenta y dos comedias fixas, à diez y seis ducados y ocho reales cada vna, y las demas que huuiesse voluntarias a treze ducados cada vna. Y por testimonio de Miguel Ferrer escriuano parece que en el dicho año de 21. deste arrendamiento se representaron ciento y setenta comedias, las ciento y sesenta y dos fixas, y ocho voluntarias. Opusose el dicho Diego Gonçalez de Madrid a la execucion, y pretendio que se le auia de hazer baxa del dicho tiempo que cessò la representacion, que

fueron

fueron 71. dias, desde 31 de Março hasta 10, de Iunio. Y el Alcalde mayor pronunciò la dicha sentencia, de que está apelado por la ciudad, y pretende se á de reuocar, y hazer remate.

La justicia del dicho Diego Gonçalez de Madrid, para que la dicha sentencia se confirme, quiere fundarla en las consideraciones siguientes.

La primera, porque la misma Ciudad que le arrendò le impidio que no gozasse de todo el arrendamiento, y que no huuiesse representacion en el dicho tiempo, mandandolo pregonar por la muerte del Rey don Felipe III. nuestro señor; que santa gloria aya, y ser cierta en derecho, quod quando conductor prohibetur vti reconducta, in toto, vel in parte, siue id contingat ex culpa locatoris, siue ex casu fortuito, remissio mercedis pro ea parte, qua vti non potest facieda est, sin que se aya de tener consideracion a si el daño es tolerable, o intolerable, dummodo nõ sit modicum probatur expresse, in l. si quis domum. §. fin. ff. locati. l. si vno. §. vbicunque, eod. tit. vbi si conductor rebus conductis vti non potest, non quod sua interest sed mercedis exonerationem pro rata consequitur. Y lo mismo prueban otras muchas leyes del mesmo titulo, y es cosa recebida, que el que arrieda tiene obligacion a que el Arrendador goçe y desfrute la cosa locada, alioquin sine distinctione mercedis remissioné facere ei debet l. ex conducto. §. siuis tempestatis versiculo sed si terre motu. d. l. siquis domum in fine. l. habitatores. l. si fundus, in principio, & in fine, ff. locati, tenent Immola in cap. propter sterilitatem de locato. n. 8. laté Petrus de Vbaldis de duobus fratribus, par. 11. n. 114. quos referens sequitur Mantica de tacit. & ambig. lib. 5. tit. 8. num. 33. & 34.

Y en comprobacion deste intento se vale de vn testimonio que tiene presentado, en que parece que al arrendador de las casas de las comedias de Madrid por la misma causa y muerte de su Magestad se le baxò todo el tiempo que no se representò.

La segunda consideracion es, que auer cessado las comedias el dicho tiempo por la muerte de su Magestad, es de los casos insolitos y raro contingentes, y q̃ no está renunciado por la condicion general de la renunciacion de los casos fortuitos, porque la renũciacion general no comprehende el caso insolito y raro incontingente, vt est communis opinio DD. in l. fistulas. §. frumenta. ff. de contrah. empt. y Zauallos en las practicas, quęst. 702. per totam, refiere dos comunes opiniones encontradas, ambas fundadas en el mismo §. frumenta, y por mas comun no comprehenderse en la renunciacion general los casos insolitos & raro contintingentes, y que assi se juzgò en Valladolid: y que el caso deste pleyto es insolito, porque aunq̃ sea ordinario morir los Reyes, no lo es el cessar por esta causa las comedias, quod relinquitur arbitrio iudicis, secundum magis communem & veram opinionem, ex Menoch. lib. 2. de arbitrarijs, casu 80. n. 8.

La tercera consideracion es dezir, que del dicho impedimento se le siguio daño, por auer sido en el tiẽpo en que de ordinario ay mas concurso de gente en las comedias, que en el que se representaron, por ser Caniculares, e Inuierno, donde no concurre tanta gente, ni ay tanta ganancia: y aunque la condiciõ del dicho arrendamiento fue auer de pagar ciento y sesenta y dos comedias fixas a diez y seis ducados, y las voluntarias a treze ducados y quatro reales, que no se pudieron representar tãtas comedias voluntarias, porque en el tiempo voluntario se cumplio el de las comedias fixas, de que se le siguio daño, porque representandose mas comedias voluntarias, se auian de pagar a menosprecio, y todo el tiempo que ocupò el impedimento se representaran las fixas, y despues quedara mas tiempo en que se representaran las voluntarias: Con lo qual pretende tener fundado que la dicha sentencia es justa, y se ha de confirmar.

Sed his & alijs non obstantibus iustitia ciuitatis ad hoc, vt sententia prędicta reuocetur, y se mande ha-

zer

zer remate sin disquéto alguno,es muy clara, patetq; ex sequentibus.

Lo primero,la dichá condicion 26. contiene en si vna clausula especial de no poder ser oydo el dicho Diego Gonçalez de Madrid en la via executiua, hasta que aya pagado enteramente toda la cantidad del dicho arrendamiento.La qual clausula y condicion tiene tres defectos,tollit naturalem obligationem ipso iure,elidit ciuilem,& obligat naturaliter paciscétem non petere,glo.1.in §.preterea,inst.de excep.mayormente estando el dicho pacto in eodem contractu locationis,quod debet omnino esse firmum, & valere, Bald.cons.465.n.5.lib.5.Y no siendo como no es contra ley,ni contra derecho,sino que omnimodamente pende de la voluntad mera de los contrayentes, proculdubio seruandum est.l.si pater.§.ex pactis.ff.de pactis dotalibus.l.vnica.§.final.ff.de rei vxorię actione. Y esta clausula denegandę audientię parti,prius quam soluat omnem pecunię quantitatem,licita est, & quotidie apud omnia Tribunalia seruatur,quia non continet quid turpe, aut iuri contrarium.l.1.si conueniat, ff.de positi.l.iurisgentium.§.pretor ait, cum alijs, ff. de pactis.l.pacta quę contra.C.de pactis.Y Aluaro Velasco tom.1.consultat.85.dize auerse hallado para escusar muchos pleytos,y ser justa y conforme a derecho permitida,y en gran beneficio y vtilidad de la Republica,para obiar innumerables pleytos,y q̃ en practica omnino se á de guardar: y lo mismo tienen Caucdo decis.37.per totam,1.parte, donde en el numero 5.dize estas palabras:*Quamuis fatear Senatum maxime intendere circa obseruantiam clausulæ*.Pereira Lusitanus decis.34.n.1.dize,que aunq̃ esta clausula exaspera los animos de los juezes,atento tamen iure hę & similes partium conuentiones admittuntur,alegando los mismos derechos, y Autores, y a Gamma decis. 369,Pinelo in l.2.C.de rescind.vend.c.2.nu.26.Caldas Pereira in l.si curatorem,verb.*vel aduersario lo*,num.22.de in integrum restitut.minorum.

 Y aunque

Y aunque el mismo Pereira, d. decis. 34. desde el verſic. *hæc de positi faciendi clausula*, del num. 1. cum ſeqq. pone ocho limitaciones a la dicha clauſula, ninguna parece hazer contradicion a nueſtro intento mas que la ſegunda, donde quiere fundar que no procede, ni á lugar en la via executiua, porque como ſe dirigen las palabras de la dicha clauſula, ne pars audiatur, & ſe defendat quouſque ſoluat illa verba proprié verificátur in tela iudicij, quę vſque ad ſententiam durat. A lo qual ſe ſatisfaze con facilidad, que la dicha limitacion procede quando la parte en el contrato ſe obligò a pagar antes de ſer oydo en via ordinaria: y nueſtro caſo es muy diferente, porque el reo renunciò el remedio de la opoſicion y ley de la via executiua para no poder vſar del, ni oponerſe haſta auer pagado: y aſsi ſi la dicha clauſula conforme a las leyes y autoridades que eſtan referidas, es juſta, y ſe á de guardar, quando la parte ſe obliga a no litigar, ni ſer oydo en la via ordinaria haſta auer pagado por la fuerça del contrato y obligacion, parimodo, & eadem, & fortiori ratione, ſe á de guardar de no ſer oydo en la via executiua haſta auer pagado, pues le queda ſu via ordinaria para poder pedir la leſion, y baxa, y no ſe le quita el remedio de derecho para litigar, ſolo ſe ſuſpende haſta auer pagado.

Lo ſegundo, porque confeſſado ſin perjuyzio de la verdad, que el dicho Diego Gonçalez de Madrid pudiera ſer oydo ſin pagar primero todo lo que deue, no ſe le á de hazer remiſsion alguna, porque la cauſa, e impedimento que alega de auer ceſſado la repreſentacion de las comedias por la muerte de ſu Mageſtad, eſte impedimento no fue por hecho, ni cauſa, ni culpa de la Ciudad, ſino por la cauſa publica, y porque en tiempo de la muerte de ſu Mageſtad era preciſo y forçoſo el ceſſar los regozijos, y las comedias, por el ſentimiento comun de la falta del Principe, y luto vniuerſal, que fue caſo que ſobreuino al dicho arrendamiento, que todo el pende á viribus fortunę, ſi en las

come-

comedias entraua mucha gẽte,o poca,o si sobreuiniera peste,o guerra,o qualquiera otra causa porque huuiera de cessar la representacion,que todo ello lo tomò en si,y a su riesgo el reo,para no poder pedir disquento alguno por ello,& in huiusmodi conductionibus,stantibus in manibus fortunę,nõ fit remissio mercedis.l.si iactum retis. ff.de actio.empti.l.nec emptio. ff.de contrah.empt.Bald.loquens in terminis de conductoribus lacus Perusinij in l.cum fundus. C.de solutionib.quem sequitur Decius cons.4.n.2.quia quãdo conuentum est,vt integra fiat solutio pensionis, tempore pestis,vel si alius casus fortuitus inciderit proculdubio pactum seruandum est,nec remissio pensionis fieri debet,quia integrum intelligitur sine vlla diminutione.l.decem,in fine, ff.de fideicommis. libert. l.1,§.cum dicitur,in fine,ff.si cui plusquam per legem falcidiam.l.sed & si quis.§.quęsitum.ff.si quis cautionibus,ibi:*Sed ego puto conuentionem istam valere,si specialiter causæ expresse sint quibus à promissore sponte est renuntiatũ*,quod etiá probatur in l.1.C.cõmodati.

No obsta dezir que la dicha renunciacion fue general,y no especial para este caso, porq̃ todauia á de pagar enteramente la pension,porque la dicha renunciacion fue especificadamente de todos los casos fortuitos, conforme a las leyes del quaderno, y nueuos apuntamientos de las alcaualas,en que se comprehẽden caso de hambre,o peste,o guerra,o otro qualquiera caso fortuito, pensado, o no pensado, con lo qual satis dicitur specialiter exprimi,cum susceperit in se omnes casus fortuitos absque alia expressione. d.l. sed & si quis.§.quęsitum.ff.si quis cautionibus.l.Titius, ff.de liber.& posthu.l.si quis fundum, aliás si quis domum in principio,& in §.Iulianus,ff.locati. Alex. in d.§.quęsitum,nu.12.Ias.n.14.dicit communem Mãtica de tacitis & amb.lib.5.tit.8.n.11.

Y como la causa del dicho impedimento no fue por hecho,ni culpa de la Ciudad, sino por la muerte de su Magestad, que es caso que meramente se dize

fortuito,

fortuito, y pendio á viribus fortunę, sequitur clarissima iuris dispositio, quod huiusmodi factum, nullo modo nocere potest ciuitati; ni tiene obligació de sancar el dicho tiampo. l. Lutius Titius. ff, de euictionibus, & quia factum principis semper cēsetur exclusum, cap. cōstitutus, vbi DD. extra de rescriptis, Bald. cons. 360. lib. 5. Bossius in tit, de remissione mercedis publ, nu. 26. & 27. & nouiter in puncto tradit Beroius consil. 143. num. 24. lib. 1.

Menos obsta dezir, que el dicho impedimento y caso fue de los insolitos, porque no es caso insolito, sino muy contingente, pues en menos de 23. años se á visto ya tres vezes por la muerte del Rey don Felipe II. y de la Reyna doña Margarita de Austria, y aora por la del Rey don Felipe III. nuestros señores, y aun por las enfermedades de los Reyes suelen cessar regozijos, y hazerse rogatiuas; y assi no se puede dezir que el arrendador no pudo pensar que sucediera este caso ad hoc; vt conductor excusetur a solutione pēsionis, an de ser los casos fortuitos valde insolitos, y que verisimilmente no se pudieron pensar por qualquiera varon prudente, pero en los casos fortuitos e insolitos, sed non ita insolitos, quin á viro prudenti, & diligenti prępuideri possint; estos de ninguna manera escusan al arrendador de pagar entera la pension: esta distinccion assi en los mismos terminos pone Corneo in cons. 12. lib. 4. a quien siguen Ripa, in titu. de priuileg. contract. n. 99. Rubeus in d. l. sed & si quis, §. quęsitum. nu. 51. in fine. ff. si quis cautionibus. Y qual se tenga por caso insolito, vt cogitatus minimé dicatur, ay diuersas opiniones, que refiere Menoch. de arbitrar. d. casu 80. nu. 7. qui nu. 8. dicit iudicis arbitrio relinquendum esse qui cōsideratis qualitatibus, & circunstantijs casus fortuiti eum, vel solitum, vel insolitum iudicauit, iudicis ergo hęc erit diligentia ex multis circunstantijs iudicare, an casus sit solitus, vel insolitus; y en este caso concurren todas las circunstācias necessarias para q̄ no se tenga por caso insolito, pues

en

en menos de 23. años há sucedido tres vezes; luego es muy contingente, y ordinario, y que se vee cada dia.

Lo tercero, y muy considerable, es, que el dicho Diego Gonçalez de Madrid luego que cessò el impedimẽto boluio a cõtinuar y vsar del dicho arrendamiento, que fue consentir y passar por el dicho impedimento, & sic cum aquieuerit de hoc conqueri non potest, si enim pretendebat prędictum impedimentũ ei esse damnosum debebat protestari ipsi ciuitati, Ruinus cons. 150. n. 14. y 15. lib. 9. & cons. 64. nu. 3. lib. 1. y no le aprouecha pedir el dicho discuento despues de la dicha continuacion de arrendamiento, & postquam aquieuit impedimento, vt tenet Ruinus cons. 116. n. 11. lib. 2. & cons. 17. n. 5. lib. 4. sicque non potest petere remissionẽ mercedis, vt aduertit Bossius in tit. de remissione mercedis publi. n. 28, & Iosephus Ludouicus in decis. Perusina 50. n. 9. & 10.

Lo quarto y perentorio, es, que por el dicho arrendamiento el dicho Diego Gonçalez de Madrid se obligò por ciento y sesenta y dos comedias fixas y forçosas, a precio de diez y seis ducados cada vna, y las demas fueron voluntarias: y por el testimonio de Miguel Ferrer escriuano consta que se representaron en el dicho año de 21. ciento y setenta comedias, por manera que huuo las ciento y sesenta y dos fixas, y mas ocho voluntarias; y en el dicho arrendamiento no se dize ni declara en que tiempo del año se auian de representar las comedias fixas, y assi en qualquiera tiempo de todo el año y parte del que se representassen las dichas comedias fixas, se cũplio bastantemente por la Ciudad, pues el dicho arrendamiento fue por todo el año, & totius anni vnus fructus est. l. si fundus. §. quod in se mentem, ff. soluto matrimon. Que es lo mismo que quando se arriendan muchas heredades juntas, donde ay frutos diferentes, si en los vnos huuo esterilidad, y en los otros fertilidad, en vn mismo año, no se admite esterilidad, ni remission de la pension y merced, antes se computan todos los frutos juntos, por ser de vn mismo año: nã velamine vbertatis paupertas aboletur, vt inquit Bal. in l. licet. n. 12. in fin. C. de locato.

No obsta lo que la parte contraria dize, que si en el tiempo del dicho impedimento se representaran las comedias fixas, quedara el otro tiempo desembaraçado, en que se representaran las voluntarias, y tener mas ganancia. Porque se responde, que esta condicion de representarse comedias voluntarias, no tuuieron obligacion vna ni otra parte en ningun tiempo del año de cumplirla, porque estuuo en potestad del deudor, velle eam implere, vel non; & sic quando conditio contractus omnino pendet á voluntate debitoris, veluti, si ate cétum fuero stipulatus si ea tibi numerauero, tunc non competit mihi hipothecaria priusquam pecunia sit numerata, neque ego possum cogi numerare, neque tu vt accipias, vt in l. qui pecuniam. ff. certum petatur, ideò huiusmodi contractus non est obligatorius, & neminem adstringit quamobrem inspicitur tempus numerationis, quo nascitur obligatio, vt aduertit Mantica de tacit & ambig. lib. 11. tit. 25. nu. 28. De aqui resulta, que como la Ciudad no pudiera apremiar a Diego Gonçalez de Madrid a que representara mas comedias de las fixas, tampoco el por el acto voluntario y condicion potestatiua, que no obliga a la Ciudad, no lo puede traer en consideracion de pedir disquento por lo voluntario en lo forçoso y fixo.

Menos obsta la probança de que se quiere valer el dicho Diego Gonçalez de Madrid, porque si bien se aduierte, toda es probança in genere, y de credulidad, porque el acto casi de su misma naturaleza es improbable, y en q̃ los testigos no pueden dar razon concluyente de sus dichos, pues no se puede saber con certeza que en el tiempo en que no huuo comedias por causa de la muerte de su Mageslad que gente acudiria a oyrlas si las huuiera, ni la diferencia cierta que pudo auer del dicho tiempo a el en que despues se representaron: solo deponen los testigos, que por ser los meses de Abril, y Mayo, y parte de Iunio para las representaciones mas a proposito que los Caniculares, no acudiria tanta gente a ellas: y esto es vn argumento falacissimo, porque en Granada en todos tiempos del año, por el gran numero de gente que ay,

està

está la casa de las comedias de ordinario llena: y si Diego Gonçalez de Madrid dá por causa de perdida salir la gente dessеosa de comedias de la Quaresma, y que por auerseles luego impedido le vino daño, quanto mayor desseo tendria la gente de oyrlas siendo mas largo el tiépo de la prohibicion; demas que por los testimonios de la dicha representacion, que estan presentados, consta que el Autor y Autores que representaron las ciento y sesenta y dos comedias fixas fueron de las mejores Compañias que andan, y el dicho Diego Gonçalez de Madrid tambien gozó del tiempo que ay desde Nauidad a Carnastolendas, y desde principio de Iunio hasta fin del año, en que se comprehende el Otoño que es tiempo templado. Y este genero de probança del daño in genere no basta, ni es de consideracion, porque se ha de probar in specie, y en cantidad considerable; pues siendo el daño tolerable, no se puede pedir remission de la pēsion. l. si merces. §. *vis maior.* ff. locati, ibi: *Si plusquam tollerabile est, læsi fuerint fructus alioquin inodicum damnosum equo animo ferre debet Colonus, cui in modicum lucrum non aufertur.*

Y aunque ay varias opiniones en que cantidad se ha de probar el daño in specie, porque in genere no aproueche nada para que el Colono pueda pedir disquento. Alexan. parum sibi constans consil. 112. in fine, lib. 1. censuit damnum probari debere in quarta parte, tamen in consilio 28. num. 12. versic. satis est, eodem lib. 1. putat satis esse quod estimetur intollerabile, & in consil. 3. num. 11. eodem lib. 1. dicit lesionem, ita probari oportere quod conductor non perceperit dimidiam eius quod percipi consueuit. Esta es la mas comun y recebida opinion, porque la dicha lesion se juzga como lesion vltra dimidiam: quam sequitur Corneus consil. 128. num. 26. versic. & propterea, lib. 2. Alber. inter consilia purpurati, consilio 464. num. 7. vbi testatur communem, & Gratus cons. 161. num. 6. lib. 2. dicens magis receptam. Gigas de pensionibus, quest. 62. num. 16. Y como Diego Gonçalez de Madrid no prueua cosa alguna en especie, ni es caso proba-

ble,ni la probança in genere basta para obtener,ni se sabe,ni puede saber la cantidad cierta de la lesion,cessa todo el fundamento de su pretension.

Menos obsta el testimonio que tiene presentado de auerse hecho baxa al arrendador de las Comedias de Madrid del tiempo que cessaron las representaciones por la muerte de su Magestad: porque el dicho testimonio no contiene las condiciones del arrendamiento de Madrid,ni si renunciò los casos fortuitos,ni si se obligò a pagar antes de ser oydo en via executiua, ni si fue el arrendamiento por vn año,o por comedias,como el del dicho Diego Gonçalez de Madrid:y assi no haze al caso para la determinacion deste pleyto,y antes haze en fauor de la Ciudad: porque si el dicho arrendamiento de Madrid fuera con las mismas condiciones que el del Reo,claro està que las sacara para aprouecharse dellas, y no se ha de juzgar por exemplos. De que se concluye, que auiendose representado las ciento y sesenta y dos comedias fixas,y ocho voluntarias,y cumplidose dentro del año por la Ciudad bastantemente con su obligacion, y que no le pide mas que la paga de las comedias que se representaron fixas y voluntarias,que las ha de pagar el Reo,sin poderse escusar por ningun camino de la paga: y que la sentencia del Alcalde mayor fue injusta,y como tal se ha de reuocar,y mandar hazer remate por los dichos ocho mil trezientos y quarenta y ocho reales, con las costas,porque se pidio execucion.S.V.D.&c.